

EL PROYECTO DE TRATADO PARA EL ESTABLECIMIENTO DE UNA CONSTITUCIÓN EUROPEA: RATIFICACIÓN Y ENTRADA EN VIGOR

Por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. Miguel Herrero de Miñón *

1. El objeto de esta disertación es analizar las condiciones de ratificación por parte de España del Tratado para el establecimiento de una Constitución Europea, firmado en Roma el pasado 29 de octubre —en adelante Tratado Constitucional— y su entrada en vigor.

La perspectiva desde la que abordaré tales cuestiones será la estrictamente jurídica. En consecuencia, suspenderé cualquier juicio de valoración política sobre el proyecto en cuestión y atenderé exclusivamente al derecho positivo aplicable al caso.

Soy consciente de que tales consideraciones, si dificultan la opción política, serán excluidas cuando no descalificadas como «orgía jurídica». El entusiasmo eurófilo, al creerse vanguardia de la historia con la misión de acelerarla, utiliza la lógica jurídica o prescinde de ella según convenga a la mejor y mas rápida consecución de objetivos políticos que se estiman valiosos. Una nueva y ciertamente nada novedosa versión del uso alternativo del derecho. Sin embargo, recordar a los políticos y plantear ante la opinión las exigencias de la lógica jurídica no carece de sentido. El derecho no puede pretender sustituir a la política, pero sirve para racionalizar sus decisiones; esto es, «dar razón» de las mismas, hacerlas previsibles e incluso razona-

* Sesión del día 16 de noviembre de 2004. Con posterioridad recayó la Decisión 1/2004 del TC declarando la constitucionalidad del Tratado, se celebró el referéndum consultivo de febrero de 2005, se autorizó la ratificación por la Ley Orgánica y el Tratado quedó políticamente hibernado por los referéndum negativos de Francia y Holanda: «El tiempo que discurre saca a la luz lo que yacía en la sombra» (*Ajax* 646).

bles al insertarlas en un orden concreto de normas y de valores, tanto en sí mismas cuanto en el procedimiento para adoptarlas. Y la alternativa es la arbitrariedad de quien en cada momento tiene el poder y, más aún, del azar de sus circunstancias.

La hipotética política que no se para en barras a la hora de llegar con entusiasmo a la meta que se estima conveniente, introduce un gran dosis de inseguridad no sólo porque prescinde de las garantías que el derecho presta al *statu quo* —lo que Guasp denominaba la función conservadora del derecho— sino que priva de garantías de estabilidad los progresos que pretende conseguir —esto es, a su función innovadora—. El derecho que se establece sin atender a los condicionamientos, a su vez jurídicos, de la producción normativa, supone una de estas tres cosas. Bien una revolución, algo que requiere un impuso popular que la retórica políticamente correcta no puede suplir por enfática que sea. Bien un golpe de Estado cuya capacidad para crear un orden jurídico estable no parece avalado por la experiencia histórica. Bien, lo que es peor, una notoria frivolidad que trata de sustituir la realidad de las cosas por las palabras y, en último término, convierte, para utilizar las categorías de Heidegger (*die Rede/das Gerede*), el lenguaje del poder, eso es el derecho rigurosamente entendido, en banal charloteo.

Algo así hace temer el vertiginoso suceder de tratados que han reorganizado la Unión Europea desde 1992 (Maastricht, Ámsterdam, Niza) hasta el presente Tratado Constitucional del 2004 y no es ajeno a ello el juicio de especialista tan conspicuo como Weiler cuando señala que la integración jurídica europea progresa en razón inversa a su efectiva integración política.

Por ello, tal vez resulte útil al más serio europeísmo de los españoles, contribuyendo al diálogo docto y público sobre tales cuestiones al que hace día invitaba el Presidente del Consejo de Estado, analizar con el máximo rigor las condiciones jurídicas de la celebración por España del nuevo Tratado recientemente firmado en Roma, teniendo conciencia clara y precisa de lo que es y a lo que compromete. La experiencia británica demuestra que el engaño y la manipulación de la opinión pública e incluso del Parlamento, primero por el gobierno conservador de Heath, después por el gobierno socialista de Wilson, ocultando el verdadero alcance de la integración europea consiguió forzar el inicial «sí» británico a la Comunidad, pero ha contribuido decisivamente a potenciar el creciente euroescepticismo en el Reino Unido. Las investigaciones de Nichols en la Universidad de Brunell¹ así lo demuestran.

¹ *A study of British parliamentary understandings of the constitutional implications of membership of the European Communities with particular regard to the relationship between legislature and judiciary*, 2000.

Para ello, lo primero que debe plantearse es *la naturaleza jurídica del futuro Tratado Constitucional*, cuestión a la que sólo cabe una respuesta. Es un Tratado internacional, es decir, un acuerdo entre Estados.

Así lo dice el propio proyecto que, en su preámbulo, se configura como un tratado, en su articulado se autocalifica de tal (arts. IV, 437 y sigs.) y a formas convencionales remite su revisión (art. IV, 443).

Así lo exige el derecho vigente de la propia Unión Europea a la hora de prever su propia revisión.

Así lo contempla nuestra Constitución, en su artículo 93, única base hoy existente para la aprobación por España del citado instrumento.

Y tal es el criterio prácticamente unánime entre los restantes Estados miembros de la Unión.

En efecto, del examen de las otras 24 constituciones, resulta que 21 contienen cláusulas de lo que, a partir de Pescatore² se denomina «integración», 12 de ellos específicamente referentes a la Unión Europea³, y tres carecen de tales cláu-

² Cfr. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, Leiden, 1972.

³ A) *Constituciones en las que existe una cláusula específica de integración en la UE:*

Los textos indicados responden a la siguiente tipología:

a) Modelo euroentusiasta o de vocación europeísta: Alemania (art. 23) y Portugal (art. 7.6): El Estado se orienta a la construcción europea.

b) Modelo de orientación condicionada: Alemania (art. 23): imperativo de transferencias competenciales condicionado al mantenimiento de ciertos valores y principios orgánicos. Suecia (art. 10.5) elimina lo primero —el imperativo— y enfatiza lo segundo —los condicionamientos o límites: forma de gobierno y derecho fundamentales—.

c) Modelo de objetivos y medios (franco-portugués, que influye parcialmente en Hungría).

Variante francesa (Título XV, arts. 88-1 ss.): ejercicio en común de ciertas competencias y transferencias competenciales para determinados objetivos (mercado interior, unión económica y monetaria, pero no se menciona para nada la unión política).

Variante portuguesa (art. 7): objetivos limitados (cohesión económica y social y territorial, espacio de libertad, seguridad y justicia, definición y ejecución de una política exterior de seguridad y defensa común) a cumplir mediante ejercicio en común, cooperación o transferencia a la Unión.

Variante húngara (art. 2.º): indeterminación de objetivos a cumplir mediante ejercicio en común o transferencias a la Unión.

d) Modelo de previsión simple: se prevé la delegación de competencias a la Unión (Letonia, art. 68 y Eslovaquia, art. 7) o la delegación y la cooperación (Lituania, art 1 de Ley de 13 de julio del 2004).

sulas. Estos últimos han participado de las Comunidades ayer y de la Unión hoy, en virtud de su poder genérico de hacer tratados⁴, algo que las cláusulas específicas o genéricas de las otras 18 constituciones expresamente exigen.

El proyecto en cuestión prevé, en consecuencia, un Tratado en el sentido del artículo 2.1 de la Convención de Viena de 1969.

Es, en efecto, un «acuerdo entre Estados»; figura «por escrito»; y está «sometido al derecho internacional» ya general, ya especial de la Unión, cuestión ésta, sin duda polémica, que explicitaré más adelante.

Ahora bien, de dicha naturaleza convencional se deducen determinadas consecuencias.

En primer lugar, *la voluntariedad de la Unión* configurada en el proyecto, dado que los tratados se basan en el consentimiento de los Estados que en ellos son parte. Por eso, las organizaciones internacionales, entre otras la propia Unión Europea, constituidas y organizadas en virtud de tratados, se caracterizan por la voluntariedad. El derecho y la práctica comparada de los Estados miembros ha insistido en ello⁵.

El correlato de la voluntariedad es la reversibilidad de la Unión, esto es, la potestad de sus miembros para abandonarla, algo impropio de las Uniones de Estados y normal en las Organizaciones internacionales. Esta reversibilidad de las Comunidades y después de la Unión, ha sido puesta en cuestión por parte de la

e) Modelo de mera constatación de la pertenencia a la Unión Europea: Irlanda (art. 29) y Estonia (Ley de 14 de septiembre del 2003).

B) *Constituciones en las que no existe una cláusula específica de integración pero en las que, sin embargo, se hace referencia en alguna medida a la Unión Europea o al Derecho comunitario.*

Este es el caso, en primer lugar, de Finlandia, en cuya Constitución no se recoge una cláusula específica que contemple la cesión de atribuciones a la Unión Europea, pero en la cual, sin embargo, el artículo 96 regula específicamente la participación del Parlamento en la preparación a nivel nacional de los asuntos de la Unión Europea.

Otro caso semejante es el de Austria; el artículo 9 de la Constitución recoge una cláusula genérica que permite la transferencia de competencias específicas de la Federación a organizaciones internacionales, sin cita expresa de la Unión Europea. Sin embargo, el capítulo I, apartado B [que lleva por rúbrica «Unión Europea», arts. 23.a) a 23.f)] establece diversas disposiciones específicas en relación con ésta.

⁴ V. gr., Malta, sec. 65.1, hoy modificada por la European Union Act 2003.

⁵ V. gr., La insistencia en la libertad de la pertenencia a la Unión Europea en Francia, art. 88.1, Grecia, art. 28.3, o Eslovaquia, art. 7.

doctrina⁶ sobre la base de la jurisprudencia de la Corte de Justicia desde el Caso Costa⁷, hasta afirmar la imposibilidad de secesión por parte de los Estados miembros. Pero, rechazada ésta, primero por los británicos⁸ y después por el Tribunal Constitucional alemán⁹, el proyecto de Tratado Constitucional ha terminado por reconocer expresamente el derecho de los Estados miembros a abandonar la Unión, de acuerdo con un procedimiento (I, 60) que engarza perfectamente con las previsiones de la Convención de Viena sobre el derecho de Tratados [art. 54.a)].

En segundo término, la naturaleza convencional del Tratado Constitucional lleva a *someterlo a las normas de los Convenios de Viena de 1969* sobre Tratados, extremo de la mayor importancia a los efectos de esta disertación.

Es significativo en este sentido que los autores en su día más propensos a subrayar la peculiaridad y autonomía del derecho comunitario, desde Ganshof van der Meersch a Boulouis, a la hora de negar a los Estados miembros el derecho de separación de la Unión, recurrieran a una interpretación estricta del Convenio de Viena.

Nada de ello empece y ella es la tercera consecuencia a destacar, *el carácter institucional de las previsiones de este Tratado*. Se trata de un acto a la vez convencional e institucional¹⁰ como, respecto de instrumentos del derecho internacional general, dijera el TIJ¹¹. Las Organizaciones Internacionales, en efecto, tienen una constitución establecida mediante tratado. Como decía Scelle¹² y la Unión Europea no es, por supuesto, una excepción, en cualquier organización social se da una constitución en sentido amplio, pero, en todo caso, jurídico, puesto que siempre existirá un conjunto de reglas constitutivas imprescindibles para su

⁶ ISAAC, *Manual de Derecho Comunitario General*, trad. esp., Barcelona, 1985, pág. 36.

⁷ «Limitación definitiva de derechos soberanos». Doctrina seguida por el Consejo de Estado llevado de su euforia europeísta (dictamen núm. 47.939, de 14 de julio de 1985) y corregida después (cfr. *Memoria*, 1992, pág. 18).

⁸ Así los Libros Blancos de 1967 («Legal and constitutional implication of UK membership of European Communities» Cmnd. 3301, par 3) y 1971 («The UK and the European Communities» Cmnd. 4715 par 29) y de 1975 («Membership of the European Communities: Report on renegotiation» Cmnd. 6603). Otro tanto resulta de los trabajos tendentes a la ratificación y cumplimiento del Acta Única Europea y ulteriores tratados modificativos de los constitutivos de la Comunidad y de la Unión.

⁹ S. 12 de octubre de 1993.

¹⁰ Cf. DIEZ DE VELASCO, *Las Organizaciones Internacionales*, Madrid (Tecnos), 13.ª edición, 2003, págs. 44 y 636.

¹¹ CIJ Rec. 1966, p. 66.

¹² *Précis de Droit des Gens*, París (Sifey) 1933, II, pág. 7. Cf. DIEZ PICAZO, *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Madrid (Civitas), 2002, págs. 87 y sigs.

existencia, permanencia y desarrollo. El Tratado Constitucional, si llega a entrar en vigor, cumplirá estas funciones constitucionales como ahora la cumplen los tratados constitutivos según viene afirmando la jurisprudencia de la Corte de Justicia¹³. La naturaleza jurídico-internacional del derecho comunitario, innegable al menos en su momento constitutivo¹⁴, esto es, en el derecho primario, no empuja su funcionalidad constitucional, propia de la más avanzada organización internacional de integración. Y, a la vez, ello no debe llevar a confundir el significado integrador de la Constitución estatal (Smend) con esta funcionalidad constitucional.

2. Aclarada la naturaleza convencional del Tratado Constitucional, cabe ahora *determinar cómo España puede prestar su consentimiento al mismo*.

De las diversas formas reconocidas por el derecho internacional, la práctica comunitaria respecto de los tratados constitutivos y la que ahora se prevé en el propio Tratado (art. IV, 447.1), es la tradicional y solemne de firma —ya realizada— más ratificación, que supone la previa emisión del instrumento formal por el Rey (art. 63), bajo refrendo (art. 64) del Gobierno encargado de la política exterior (art. 97).

Pero lo que aquí interesa no es tanto la descripción de tal procedimiento como el análisis de sus condiciones en este caso.

Es evidente que el Tratado Constitucional no plantea cuestiones de calificación a la hora de su tramitación interna. Es un típico supuesto de tratado por el que «se atribuye a una organización internacional... competencias derivadas de la Constitución» (art. 93 CE). Así se ha considerado unánimemente y, en especial, el Consejo de Estado en reciente dictamen de 21 de octubre del 2004 (núm. 2544/2004), al que haré reiterada referencia. En consecuencia, la prestación del consentimiento estatal debe ser previamente autorizada por las Cortes Generales mediante Ley Orgánica (art. 93.1) a iniciativa del Gobierno y salvada siempre su discrecionalidad a la hora de dar el consentimiento estatal. Así se deduce del artículo 97 CE.

No se trata de una ley de incorporación del tratado una vez celebrado, como sería el caso de un sistema dualista (*v. gr.*, La «European Communities Act 1972» del Reino Unido), puesto que España ha seguido y sigue fiel al monismo, en

¹³ Cf. LLOPIS CARRASCO, *Constitución Europea: un concepto prematuro*, Valencia (Tirant), 2000, y la bibliografía allí citada.

¹⁴ ISAAC, *op. cit.*, pág. 54.

cuanto hace a la recepción del derecho internacional (art. 96 CE), sino de una autorización formal para ratificar que se da por Ley Orgánica en función de la importancia del tratado.

Ello requiere una mayoría absoluta en el Congreso y simple en el Senado (art. 81 CE).

En el panorama comparado, las previsiones del artículo 93 CE responden a una fase inicial del derecho constitucional de la integración. Directamente inspirada en la fórmula belga de 1970 (art. 25 bis, hoy artículo 34), ha inspirado, a su vez, la fórmula del vigente artículo 90 de la Constitución Polaca entre otras. Sirvió, sin duda para la adhesión a las Comunidades en 1986 y para la ratificación de los Tratados comunitarios ulteriores, pero no contiene una específica mención de la integración europea como ha sido frecuente, aunque no general, en los textos posteriores al Tratado de Maastricht ¹⁵.

En cuanto a las condiciones establecidas en el artículo 93 CE, deben distinguirse las formales y las materiales.

Las primeras, ya expuestas, no son lo más común en el panorama actual del constitucionalismo europeo, donde abundan, para el caso, procedimientos de revisión constitucional ¹⁶ o, al menos, un procedimiento más rígido que el legislativo ordinario o el de celebración de tratados ¹⁷. Algo lógico si se piensa que el cons-

¹⁵ Cf. MASCLÉ y MAUS, *Les Constitutions nationales à l'épreuve de l'Europe*, París (La Documentation Française), 1993.

¹⁶ V. gr., Irlanda (art. 29) y Eslovaquia (art. 84.4). Casos especiales son el de Finlandia, donde la adhesión ha supuesto una ley de excepción de la Constitución, y el de Lituania, donde no hay previsión constitucional pero la adhesión ha sido aprobada por una ley constitucional de 13 de julio del 2004, parte integrante de la Constitución (art. 150). En Estonia, la ley constitucional no se integra en la Constitución.

¹⁷ En este tipo cabe incluir todas las constituciones en las que el procedimiento establecido es más flexible que el de reforma constitucional pero más rígido que el previsto de forma ordinaria para la reforma constitucional. Cabe diferenciar los siguientes modelos:

a) Constituciones en las que se establece en principio un procedimiento ordinario pero en las que, sin embargo, se determina un procedimiento semejante al de reforma constitucional pero flexibilizado, para el caso de que contenga disposiciones que puedan estar en conflicto con la Constitución (Países Bajos, arts. 91 y 92). Caso semejante es el de Finlandia, en el que se prevé la posibilidad de «aprobar obligaciones internacionales» que «afecten» a la Constitución mediante una decisión apoyada por dos tercios partes de los votos (art. 94) y Portugal (art. 279.4).

Un caso no totalmente análogo es el de la Constitución de la República Checa, en cuyo art. 10.a) se exige, para la ratificación de los tratados de transferencia de competencias «el consentimiento del Parlamento, salvo que una Ley Constitucional exija que dicha ratificación requiera la aprobación en referéndum».

tituyente español de 1978, aunque tuvo presente la integración europea al elaborar el actual artículo 93 CE¹⁸, no previó los avances de la misma, de la que, significativamente, ni siquiera hizo mención en el Preámbulo de la Constitución.

Ahora bien, como ha sido afirmado rotundamente por el Tribunal Constitucional en su Declaración 1/1992, el artículo 93 CE no es un cauce para la reforma constitucional alternativo a las disposiciones del Título X ni puede atribuirse a terceros el poder de revisión. «En virtud del artículo 93 —dice el Tribunal— las Cortes Generales pueden, en suma, ceder o atribuir el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, no disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar sus determinaciones, pues ni el poder de revisión constitucional es una competencia cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución permite ser reformada por otro cauce que no sea el de su Título X» (FJ. 4). Posición que obliga a examinar los límites explícitos e implícitos que la Constitución impone a su propia cláusula de integración.

Que existen límites implícitos lo señala el propio Tribunal al afirmar que, aun no estando expresamente prohibido, no es susceptible de cesión el poder de revisión constitucional. En cuanto a los límites explícitos, son de dos tipos: los genéricos, consistentes en el tenor mismo de la Constitución, que no puede ser contradicha por un tratado (art. 95.1) y los específicos, inherentes a la propia cláusula de cesión. Aquellos —los genéricos— exigen reformar la Constitución antes de celebrar un tratado que la contradiga (art. 95.1 CE); es decir, se excluye el supuesto del tratado «contra constitutionem». Éstos —los específicos— vienen determinados por la letra y el espíritu del propio artículo 93 CE, a interpretar, a partir de su letra, atendiendo al contexto, como, para cualquier norma del ordenamiento, exige el art. 3 CC.

Se «atribuye», no se «transfiere»; y como se ha señalado sobre la jurisprudencia comunitaria (Sentencia Costa 6/64) «la transferencia eleva la atribución de

b) Supuestos en los que se recoge con carácter general un procedimiento análogo al de reforma constitucional, pero flexibilizado; es el caso de Alemania (art. 23) y Luxemburgo (art. 37).

c) En otras constituciones se exigen mayorías especiales: Grecia (art. 28), Hungría [art. 2.ª y 19.3.ª)], Eslovenia [art. 3.a)]. En Letonia se exige, además de una mayoría específica (dos tercios de los votos) un referéndum (art. 68).

d) Finalmente, hay otros casos en los que se presenta una alternativa. Así, el art. 42 de la Constitución de Dinamarca exige, o bien una mayoría de 5/6 en la Cámara, o bien mayoría simple y referéndum favorable; en Suecia se exige, o bien mayoría de 3/4 en el Parlamento, o bien seguir el procedimiento de reforma constitucional (art. 5 del capítulo 10 del IG); en Polonia se exige, o bien mayoría de dos tercios en las dos Cámaras (con presencia, en cada una de ellas, de al menos la mitad de sus miembros), o bien un referéndum (art. 90), opción a decidir por la Dieta.

¹⁸ Cf. *Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*, Madrid (Cortes Generales), 1989, III, pág. 2323 y IV, págs. 3136 y sigs. y 2158 y sigs.

competencias al rango de instrumento de manejo de las soberanías»¹⁹ y «este vocablo tiende a presentar a la Comunidad como revestida de competencias estatales y a subrayar su carácter federal»²⁰. Esto es lo que el artículo 93 CE quiere negar y por eso utilizó, de acuerdo con el modelo belga, que respondía a la misma preocupación, «atribuir» en lugar de «transferir».

Los teóricos del derecho y de la política, baste citar el nombre de Pereleman, han puesto de relieve la importancia que en este campo tiene la retórica. Pero, por ello mismo, resulta más abusivo defraudar mediante la retórica jurisprudencial y doctrinal las concretas expresiones de la norma —voluntad de la ley— que revelan la auténtica voluntad del legislador.

La transferencia se refiere al «ejercicio», no a la «titularidad», como recordó expresamente el Tribunal Constitucional en su Declaración 1/1992 y un mínimo de rigor sistemático obliga a poner en relación esto con lo anterior y ambos con lo previsto en el artículo 150.1 CE. El ejercicio atribuido no afecta al mantenimiento de la titularidad, lo que debiera permitir fórmulas de control sobre el uso que de tal atribución se hace. La práctica de algunos países comunitarios no es ajena a ello y se llega a afirmar el control de constitucionalidad sobre los tratados, incluidos los comunitarios, tras su celebración²¹, o, al menos, sobre la ley que los autorizara.

Por último, el objeto de la atribución son competencias concretas y no el poder soberano que corresponde al pueblo (art. 1.2 CE). No cabe, en consecuencia y de acuerdo con la vigente cláusula constitucional de integración, una atribución actual o potencialmente indeterminada²².

De ello podría deducirse la insuficiencia del art. 93 CE para ratificar el Tratado Constitucional porque dicho tratado excede sus límites.

¹⁹ ISAAC, *op. cit.*, pág. 54.

²⁰ REUTER, *Organisations Européennes*, París (PUF), 1965, pág. 217.

²¹ V. gr. Austria y Letonia. También Dinamarca.

²² a) Hay Estados cuyas constituciones prevén la transferencia de poderes soberanos, v. gr. Alemania, art. 23.1 (con las limitaciones señaladas en el texto), Austria, art. 9.2, y Eslovaquia, art. 3.a).

b) Otros que se refieren a limitaciones concretas de soberanía, v. gr. Suecia (poder de decisión) art. 10.5; Grecia, 28.3; o ejercicio en común, Portugal art. 7.6.

c) Otros prevén limitaciones.

a') Por razón de tiempo, v. gr. Luxemburgo, art. 49 bis.

b') Por la concreción de las competencias, v. gr. Bélgica, art. 34; Holanda, art. 92; Dinamarca, art. 20.1; República Checa, art. 10.a); Hungría, art. 2A. Cf. *Trabajos Parlamentarios*, cit., pág. 2946.

En efecto, dicho Tratado, no menos sin duda que los tratados constitutivos anteriores, se basa en el principio de atribución de acuerdo con el cual «la Unión actúa dentro de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en la Constitución con el fin de lograr los objetivos que ésta determina». De modo que «toda competencia no atribuida a la Unión en la Constitución corresponde a los Estados miembros (art. I, 11.2). Pero, en realidad, otorga a la Unión una competencia ilimitada. Y ello no sólo porque consagra, en la línea de los Tratados anteriores, aun que ciertamente más moduladas, las competencias implícitas (art. I, 18.1) y subsidiarias (art. I, 11.3), que son otros tantos títulos a añadir a la expresa atribución de competencias específicas²³, sino, lo que es mucho más determinante, porque éstas se formulan, no en función de materias, sino de objetivos —*v. gr.*, «la Unión adoptará las medidas destinadas a establecer el mercado interior» (art. III, 130.1); «los objetivos de la Constitución se perseguirán... en el marco de una política común de transportes» (art. III, 236.1) «a fin de contribuir a la realización de los objetivos... la Unión contribuirá al establecimiento y desarrollo de redes transeuropeas» (art. III, 246.1) «... habida cuenta de la exigencia de conservar y mejorar el medio ambiente, la política energética de la Unión tendrá por objeto... los [tales objetivos] se lograrán a través de medidas aprobadas mediante ley o ley-marco» (art. III, 257.1 y 2), etc.—.

En ello consiste el denominado método funcional y la propia experiencia comunitaria obliga a concluir que la generalidad de estos objetivos permite a una interpretación teleológica como la practicada por el Tribunal de Justicia, ampliar ilimitadamente las competencias comunitarias. El acento en el fin de la potestad, pero el olvido de su tasación tal vez facilite el control de las desviaciones de poder sobre la base de criterios políticos, pero no sus excesos. En todo caso, de la Constitución-norma, que da seguridad, se pasa a la Constitución-programa, que da expectativas. Es una nueva versión del Principio de Esperanza jamás soñado por Bloch.

Ahora bien, así configuradas las competencias comunitarias, es evidente que pueden afectar a cualquier materia y la práctica de medio siglo abunda en ello. Baste, por vía de ejemplo, atender a la enumeración, ya ampliamente superada, de

²³ He insistido en ello reiteradamente, cfr. *El valor de la Constitución*, Barcelona (Crítica), 2004, págs. 214 y sigs. y 281 y sigs. (los textos son de 1992). Sobre el carácter «programático» de una constitución teleológica y su semejanza con el constitucionalismo soviético, cfr. Mi ensayo «Pour le peuple mais sans le peuple. Parallelismes entre la Constitution Européenne et le constitutionalisme philosovietique», en *Mélanges Dmitri Lavroff*, París, 2004, págs. 409 y sigs.

materias reguladas por la normativa comunitaria que en 1993 hiciera el Consejo de Estado español²⁴.

Cualquiera que sea el juicio que ello merezca, incluso si se le otorga el apoyo y aquiescencia entusiasta de quienes se saben vanguardia de la historia, es evidente que contradice el tenor limitativo del modesto, pero vigente artículo 93 CE que convendría revisar y poner a la altura del tratado que se pretende celebrar si es que éste se toma de veras en serio.

Ciertamente que el derecho comparado ofrece ejemplos de cláusulas aún menos generosas que se consideran útiles para la integración comunitaria —desde la italiana de 1948 (art. 11), cuando aún no se atisbaban sus inicios, hasta la muy reciente de Polonia (art. 90), pasando por la siempre vigente belga (art. 25 bis hoy art. 34), tal como ha sido interpretado por la más autorizada doctrina. Dicha interpretación o la que la jurisprudencia luxemburguesa ha dado sobre una fórmula constitucional todavía más restrictiva (art. 49 bis), demuestra que, en ocasiones, el rigor de la Constitución escrita y la flexibilidad de su interpretación son directamente proporcionales. El examen del inverso caso alemán avala esta conclusión. Dicho sea todo ello en pro de la tesis mantenida por el Consejo de Estado en el citado dictamen de 21 de octubre, según la cual el tratado Constitucional no contraviene el tenor del art. 93 CE puesto que «si anteriormente el sistema de atribución de competencias a las instituciones comunitarias por objetivos y misiones no ha sido óbice en la ratificación para considerar suficiente el procedimiento del art. 93 CE, con menor motivo habría de serlo ahora», una vez que el Tratado Constitucional ha definido y limitado las competencias de la Unión. Pero ciertamente si bien éste fue el mandato de la Conferencia Intergubernamental de Niza del año 2000, las competencias siguen abiertas e indeterminadas por las razones antes expuestas y, además, como el propio Consejo de Estado hace constar en los antecedentes de su citado dictamen, las competencias, siempre indeterminadas, se han ampliado en el Tratado Constitucional.

En este panorama incide lo dispuesto en el artículo I, 6 del Tratado Constitucional que, racionaliza la tesis jurisprudencial de la primacía del derecho comu-

²⁴ «La Comunidad Europea ha “legislado” sobre banca, seguros, sociedades anónimas, pesca, aparatos electrodomésticos, tenencia de armas, seguridad contra incendios, formación profesional de los médicos, libre ejercicio de la abogacía, telecomunicaciones, peste equina, mantequilla, vinagres, cuotas lecheras, comercio intracomunitario de las especies ovina y caprina, hortalizas, productos lácteos, marcaje de los cerdos y de las vacas, especialidades farmacéuticas, etiquetado y envasado de diversos productos, composición de la crema de castañas, etc.; ha definido «legalmente» lo que debe entenderse por leche, jabalí, animal, tratamiento térmico, embalaje, distribuidor, ficha, semental, partida, territorio nacional, comercialización, patata, etc.» (Consejo de Estado, *Memoria*, 1993, pág. 176).

nitario sobre el estatal, afirmada desde el caso Costa en 1964 y progresivamente ampliada, desde el derecho primario al derivado, a partir del caso *Handelsgesellschaft* de 1970. Se trata de una tesis que, en cuanto se refiere a las relaciones entre el derecho comunitario y el constitucional no ha sido aceptada ni por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, desde la Sentencia de 29 de mayo de 1974 (Solange I) hasta la del 12 de octubre de 1993 (Maastricht), ni por el Tribunal Constitucional Italiano (Sentencias 170/84 y 232/1989) ni por el Tribunal Supremo Danés (Sentencia 6 de abril de 1998), ni, desde luego, por el Tribunal Constitucional Español (Declaración 1/1992). Así lo han demostrado entre nosotros desde Rodríguez Iglesias a Collar, ambos con una perspectiva de ortodoxia europeísta²⁵. Siguiendo las huellas de aquella última, el Consejo de Estado en el dictamen de 21 de octubre ya citado afirma la inadmisibilidad en nuestro derecho del Tratado contra Constitución, expresamente reconocido respecto de los tratados comunitarios por otros Estados como es el caso de Irlanda (art. 29) o Eslovenia [art. 3.a)], e insiste en que «la supremacía de la Constitución es proclamada por su art. 9.1 respecto de todo el ordenamiento jurídico y por su art. 95.1 respecto del derecho internacional, fundamenta la razón de ser del Título IX de la Constitución, es garantizada por su título X». Los supuestos de planteamientos de inconstitucionalidad (título IX) son consecuencia de ello, así como el sometimiento directo de jueces y magistrados «a la Constitución y a las leyes» (art. 1 LOPJ).

Es evidente que la primacía de todo el derecho de la Unión sobre la propia Constitución declarada en el art. I, 6 del Tratado Constitucional contradice ésta proclamada supremacía de la Constitución estatal. Y la declaración aneja núm. 1 de la Conferencia Intergubernamental, relativa a dicho artículo, según la cual se «hace contar que el art. I-6 refleja la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia», reafirma lo que siempre ha estado en discusión, esto es la primacía de todo el derecho de la Unión sobre la propia Constitución estatal. El tan ponderado «diálogo entre jueces», mantenido hasta ahora entre la Corte de Justicia de las Comunidades y las diferentes jurisdicciones constitucionales estatales, ha quedado interrumpido porque se consagra normativamente la tesis de uno de los interlocutores.

Tal contradicción no puede ocultarse oponiendo las categorías de jerarquía y competencia y sus derivaciones nulidad y desplazamiento de la norma, de

²⁵ RODRÍGUEZ IGLESIAS, «Tribunales Constitucionales y Derecho Comunitario», en *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo. Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*. Madrid 1993, págs. 1175 y sigs., y COLLAR, *El impacto del nuevo Derecho Europeo sobre los Tribunales Constitucionales*, Madrid, 2004.

manera que, en una relación intersistémica como la que media entre los ordenamientos estatal y europeo, la norma estatal contraria a la comunitaria no sería aplicable por nula, como un reglamento contrario a ley, sino por desplazada en virtud de la preferente aplicación de la segunda. Más allá de las categorías doctrinales al ciudadano le es igual que la norma aplicable lo sea con preferencia a otra porque la anule o la desplace. Y, en último término, el desplazamiento puede reconducirse a la nulidad a través de la noción de inconstitucionalidad indirecta que Kelsen acuñase en su día y hoy ha sido doctrinalmente recuperada con relación al caso que nos ocupa.

Para comprobarlo, basta atender a las consecuencias prácticas que pudiera tener la supremacía declarada por el art. 6 del Tratado. Una mera «decisión europea», esto es, «un acto no legislativo obligatorio en todos sus elementos» dirigido, tal vez, a un solo destinatario (art. I, 33) y sobre cuyo régimen jurídico y control el Tratado Constitucional mantiene la máxima ambigüedad (arts. I, 37 e I, 38), primaría sobre el derecho constitucional estatal, incluida la Constitución. Ciertamente que el propio Tratado afirma la autonomía institucional de los Estados miembros al declarar el respeto a «su identidad nacional inherente a las estructuras fundamentales políticas e institucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional» (art. I, 5.1), pero cabe preguntarse si garantías institucionales tan importantes como las referentes a los Colegios Profesionales (art. 36), el sistema público de Seguridad Social (art. 41) o la Fe Pública (art. 149.1.8.^a) pueden calificarse de «estructuras fundamentales», expresión que más bien responde a la salvaguarda del sistema de gobierno que algunos Estados han introducido en su cláusula de integración (*v. gr.*, Suecia, art. 10.5)²⁶. En todo caso, a tenor del artículo I.6 del Tratado Constitucional, no podrían ser invocadas, *v. gr.*, frente a una norma comunitaria que pretendiese barrer tales obstáculos a la libre competencia al amparo del art. I, 13.1.b) del mismo Tratado.

La ilimitación de las competencias de la Unión antes señalada impide refutar lo dicho arguyendo que la hipotética «decisión europea» las excedería y el Protocolo sobre control de subsidiaridad parece excesivamente complicado para poder confiar en su eficacia.

Tal vez tales innovaciones como las señaladas por vía de ejemplo, sean no sólo inevitables sino incluso convenientes y deseables aunque resulte chocante, a

²⁶ Alemania (art. 23), Italia (art. 11). Ambos han sido interpretados en tal sentido por la respectiva jurisprudencia constitucional. Portugal (arts. 7.6 y 8.4, introducidos en la sexta revisión del 2004), Suecia (art. 10.5) y Estonia (según se deduce del art. 2 de la Ley de 14 de septiembre del 2003).

los principios del Estado democrático de Derecho (art. 1.1 CE) que se adopten por una instancia burocrática exterior de difícil o ningún control, y frente a los dispuestos en la Constitución estatal. Pero al menos séase consciente de lo que el art. 1.6 supone. Tómese en serio si es que este nuevo paso de la integración europea ha de ser serio.

Si ha de mantenerse el actual art. 6 del Tratado, la Constitución debe ser revisada. Si se pretende mantener la supremacía de ésta y lo que ello implica de garantías, el art. 1.6 del Tratado debe ser desactivado. Corresponde ahora examinar una y otra hipótesis.

En todo caso, ello explica sobradamente la tesis mantenida por el Consejo de Estado en su dictamen de 21 de octubre, y acertadamente asumida por el Gobierno, según la cual se da el supuesto contemplado en el art. 95.2 CE y procede la consulta al Tribunal Constitucional.

3. Establecida, en la primera hipótesis, la necesidad de *la reforma constitucional* para ratificar el Tratado Constitucional, procede determinar su alcance y, en función de la misma, su procedimiento.

Dos parecen ser los artículos de la Constitución española necesitados de reforma, el 9.1 y el 93, cada uno por las razones más atrás expuestas.

En el primer caso mencionado, la primacía del derecho comunitario; en el segundo, eliminando la exigencia de concreción de las competencias cuyo ejercicio se atribuye a la Unión. Si bien ambas revisiones son sustituibles por una adición que constitucionalizara la pertenencia de España a la Unión Europea y se refiriera al Tratado Constitucional. Algo que puede hacerse, en cuanto a la forma, introduciendo un nuevo artículo en el Título Preliminar o, según el modelo francés, adicionando un Título Preliminar bis o, mejor, una nueva Disposición Adicional. Y, en cuanto al fondo, bien constitucionalizando la primacía del tratado sobre la Constitución, según el modelo irlandés (art. 29), seguido recientemente por Eslovenia [art. 3 a)], bien con formulas mas ambiguas, como la francesa (art. 88 bis) o la alemana (nuevo art. 23).

Se ha propuesto, revisar el art. 93 de manera que exija para la autorización de las transferencias competenciales en él previstas una mayoría igual a la que el art. 167 prevé para la reforma constitucional. De esta manera, la Constitución podría ser revisada vía Tratado sin afectar a las garantías previstas para su reforma,

salvo cuando el Tratado afectase al núcleo duro protegido por el art. 168 CE. Con independencia de que sería bueno emancipar la autorización de la transferencia competencial de la forma de ley orgánica y ajustarla al control sobre el «poder de hacer tratados» distinto del legislativo que contempla el art. 94 CE, en la fórmula comentada se vuelve con ello a una vieja doctrina del Consejo de Estado, en su día muy criticada por la doctrina y que parecía definitivamente superada y se propugna una fórmula en cierto modo análoga a la vigente en los Países Bajos (arts. 91 y 92). Pero, en caso de ir a ella, debería especificarse con la mayor claridad esa vía alternativa de revisión constitucional, con plena conciencia de la flexibilización de la Constitución que ello supone. En caso contrario y salvo pérdida de toda coherencia, siempre podrá afirmarse, como el Tribunal Constitucional hizo en 1992, que «ni el poder de revisión constitucional es una competencia cuyo ejercicio fuese susceptible de cesión, ni la propia Constitución permite ser reformada por otro cauce que no sea el de su Título X»

A efectos procedimentales, los supuestos son diferentes atendiendo a los artículos revisados, pero no a la fórmula de revisión. Que ésta se haga por reforma de los textos vigentes o por vía de adición es a nuestros efectos indiferente. En España no se conoce ni se contempla la institución finesa de la excepción a la Constitución y, por ello, una modificación del texto constitucional debe ajustarse a las exigencias del Título X. Lo demás son mañas.

La reforma del artículo 93 es la más fácil. Basta aplicar el artículo 167 CE que requiere mayoría cualificada de tres quintos en Congreso y Senado y, caso de desacuerdo entre una y otra Cámara, mayoría absoluta en el Senado y de dos tercios en el Congreso. El referéndum sólo procedería si así lo solicitasen dos tercios de los diputados o de los senadores. El mismo artículo 167 sería de aplicación para introducir el hipotético Título Preliminar bis.

Por el contrario, la revisión del artículo 9.1, inserto en el Título Preliminar, requiere el procedimiento especialmente rígido del artículo 168. Esto es, aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, disolución inmediata de las mismas, nuevas elecciones, elaboración y aprobación de la reforma por mayoría de dos tercios en el Congreso y en el Senado, ratificación de la revisión por referéndum.

La complejidad y rigidez del procedimiento previsto en el artículo 168 explica la reticencia frente al mismo por quienes promueven la revisión constitucional y temen tanto las elecciones —con una campaña y un mandato centrado en la reforma y en el análisis de sus peligrosas consecuencias— como el referéndum. De ahí que surjan opciones alternativas a la aplicación estricta del Título X.

La primera es la doble reforma. Esto es, la del artículo 168 o, incluso, la del Título X, por la vía del 167, a fin de eliminar las rigideces formales y, después, mediante un nuevo procedimiento más flexible, revisar lo que proceda, incluso el Título Preliminar ²⁷. Una fórmula semejante, sería, en las circunstancias actuales, tachada de fraude a la Constitución.

Otro tanto ocurriría con la segunda de las opciones alternativas: la sustitución del referéndum previsto en el artículo 167 por el referéndum consultivo del artículo 91. La identidad de los sujetos —convocante y convocado: el pueblo— y del objeto consultado —la materialidad del tratado que modifica la Constitución—, eso es, el «isomorfismo» (Villar Palasí) entre ambos institutos, permitiría ofrecer una concurrencia de normas entre los artículos 91 y 167, que se resolvería mediante «consunción» de las exigencias del artículo 167 por el cumplimiento del 91 ²⁸. Pero tan artificiosa construcción se compadece mal con la interpretación estricta, en ocasiones, incluso demasiado estricta que se ha venido haciendo de consuno sobre el texto constitucional. Si la convocatoria del referéndum consultivo anunciada por el Gobierno para el próximo mes de febrero es legítima y aún plausible, sería un grave error querer suplantarlo con él o, al menos condicionar, los trámites del Título X CE o vaciar de contenido la garantía del art. 95.

Pero no es menos cierto que la tercera alternativa, la adición de un nuevo texto fuera del Título Preliminar para alterar uno de sus elementos fundamentales, la primacía de la Constitución sobre toda norma, burla igualmente su especial garantía de rigidez (art. 168).

²⁷ Cf. LAPORTA, *Claves de la Razón Práctica*, septiembre 2004.

²⁸ Cf. LENT, *Zwangsvolkstreckung und Konkursrecht. Ein Studienbuch*, Munich, 1972.

En el derecho comparado, el juego del recurso al referéndum es muy variado. De nuevo, cabe diferenciar las siguientes hipótesis:

a) Constituciones en las que se prevé un *referéndum optativo y no vinculante*: es el caso del Reino Unido, Finlandia (art. 53), Hungría (art. 28.C.1 por analogía con el 29) y Portugal (art. 115.5).

b) Constituciones con *referéndum potestativo pero vinculante*: Eslovenia [art. 3.a)].

c) Constituciones en las que se prevé un *referéndum obligatorio y vinculante*: es el caso de Dinamarca (art. 20.2, que lo prevé como procedimiento alternativo al previsto en primer lugar), Letonia (en los casos en que se establece en el art. 68), Estonia (siempre que la ratificación del tratado exija la modificación de la Ley aprobada por referéndum en 14 de septiembre de 2003, Ley de Reforma Constitucional de la Constitución de la República de Estonia, lo que no tiene por qué suceder siempre), Polonia (arts. 90 y 125, que lo exigen en determinados supuestos, como procedimiento alternativo).

d) Constituciones en las que *se excluye la posibilidad de referéndum*: es el caso de Italia (art. 75). En el caso de Alemania no existe, en realidad, una prohibición de referéndum popular en Alemania. De la democracia representativa afirmada en el art. 20 GG parece deducirse la exclusión de la consulta directa. Pero ello no es así. El propio art. 20.2 se refiere a «votaciones» junto con las elecciones y el referéndum está previsto expresamente para modificar el territorio de los *länder* [arts. 29, 118, 118.a)] e igualmente a nivel local (art. 28.1).

En España, durante veinticinco años, hemos insistido, tal vez en exceso, en el valor formal de la Constitución como expresión de la integración política. Si todos los excesos deben de ser corregidos a su tiempo, no sería menos excesivo caer en el extremo opuesto y, olvidando la función integradora de la Constitución y lo que ello implica de pacto y garantías múltiples, atender únicamente a su función normativa y diluirla en mayorías tan cualificadas como ocasionales, en transferencias competenciales y en potestades comunitarias. Nuestra integración política, «telos» último del constitucionalismo, no saldría beneficiada de ello.

4. La hipótesis alternativa podría ser *desactivar las virtualidades del artículo 1.6* frente a la Constitución estatal. Algo que, incomprensiblemente, no se ha hecho durante las negociaciones ni por España —obsesionada con una votación de bloqueo— ni por otros países cuyos textos constitucionales claman por ello (*v. gr.*, Suecia) o cuyas jurisdicciones constitucionales se habían opuesto formalmente a la doctrina de la primacía absoluta del derecho de la Unión (*v. gr.*, Alemania).

Ya culminada la negociación y, firmado el texto, la solución podría ser la formulación de reservas a la hora de la ratificación del Tratado Constitucional por parte española. Esto es, el condicionamiento de la prestación del consentimiento. «Se entiende por reserva una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación al Estado» [art. 2.1.d) Convenio de Viena de 1969).

Esto es, se trata de una declaración unilateral por parte de un Estado para excluir parcialmente o modificar el alcance de su sometimiento a las disposiciones de un tratado²⁹. Algo que el derecho internacional reconoce y regula, que, como tal, es aplicable al Tratado Constitucional dada su naturaleza jurídico-internacional y que, con una u otra denominación, algo irrelevante a tenor de su vigente regulación en los Convenios de Viena, se conoce en la práctica comunitaria.

Respecto de los primeros extremos, baste remitirse al Convenio de Viena de 1969, cuya aplicación al Tratado Constitucional está avalada en lo antes dicho sobre el régimen jurídico-internacional de los tratados comunitarios. El Consejo de Estado, en su Dictamen ya citado del 2004, considera inviables las reservas porque, arguye, el propio Tratado no las prevé, pero el argumento es precisamente el

²⁹ Cf. DÍEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid (Tecnos), 12.ª ed., 1999, págs. 143 y sigs.

contrario: el Tratado en cuestión no prohíbe las reservas y éstas, por consiguiente, son posibles salvo que fueran incompatibles con el objeto y finalidad del tratado [art. 19.c) Convenio de Viena]. Pero no es éste el caso de la reserva en el sentido en que aquí se propone. En efecto, una cosa es la primacía del derecho comunitario sobre las normas estatales para garantizar su aplicación uniforme en todos los Estados miembros y otra muy distinta la primacía sobre las normas constitucionales que expresan «el modo y forma de la vida política» de cada Estado. Esto es, sus valores fundamentales y la organización de sus instituciones. Si algún sentido tiene la identidad nacional y la autonomía institucional que reconoce el art. I.5 del Tratado Constitucional es el límite a la supremacía reconocida en el art. I.6.

Y ello no porque unos niveles de garantía o principios de organización sean superiores a los otros de modo que no se aceptase la primacía del derecho comunitario sobre la Constitución estatal «en tanto que» («Solange») aquella no recogiese con igual precisión y eficacia los derechos consagrados en ésta, como parecía decir el Tribunal Constitucional Federal alemán. Sino porque la Constitución estatal expresa un indeclinable fenómeno de integración política que, al menos en el caso español, entendemos no tiene ninguna vocación de provisionalidad.

Se trataría de una declaración interpretativa, según la cual *el artículo I.6 del Tratado no afecta en modo alguno a la autonomía institucional del Reino de España y, en consecuencia, a las disposiciones de su Constitución*. Ello no es incompatible con la finalidad del Tratado, si es que ha de conservar algún significado lo dispuesto en su artículo I.5.1 ya citado.

Sin duda su aceptación por los otros Estados miembros plantea cuestiones que nos exceden. Algunas son jurídicas. Así, la aceptación de la declaración interpretativa en cuestión puede ser tácita (art. 20.5 Convención), salvo que se estime se trata del tratado constitutivo de una organización internacional, en cuyo caso se requiere la aceptación expresa por el órgano competente de ésta (art. 20.3 Íb.) cuya determinación no es fácil, aunque sería lógico suponer que correspondería al Consejo Europeo, dados los términos del artículo 4 TUE y el propio artículo IV-443.4 del propio Tratado Constitucional al que después me referiré.

En cuanto hace a su encaje con el derecho comunitario, ciertamente la institución de las reservas «cualquiera que sea su denominación» [art. 2.2.d)] no es desconocida en la Unión Europea y la propia jurisprudencia comunitaria reconoció su posibilidad aunque sea para constatar su inexistencia. Las declaraciones unilaterales de los Estados, anejas a los Tratados Constitutivos, son materialmente reservas aunque no puedan ser consideradas técnicamente tales por haber sido convenidas

a lo largo de la negociación, en la medida en que restringen o modulan el cauce del Tratado respecto de quien las hace ³⁰.

5. El último extremo a examinar es *la entrada en vigor del Tratado Constitucional*.

Según el artículo IV.447.2 del Tratado, «entrará en vigor el 1 de noviembre del 2006 siempre que se hayan depositado los instrumentos de ratificación o, en su defecto, el primer día del segundo mes siguiente al del depósito de ratificación del último Estado signatario que cumpla dicha formalidad». Esto es, se exige para la entrada en vigor el depósito de todas las ratificaciones y se fija una fecha, antes de la cual, aunque todas las partes hubieran ratificado el Tratado, éste no entraría en vigor.

El Tratado no prevé, como hubiera sido posible, la entrada en vigor provisional respecto de los Estados que hubieran manifestado su consentimiento (art. 25

³⁰ Ejemplos en el Tratado de Ámsterdam:

Declaraciones de las que tomó nota la Conferencia

1. Declaración de Austria y Luxemburgo sobre las entidades de crédito.
2. Declaración de Dinamarca sobre el artículo K.14 del Tratado de la Unión Europea: El artículo K.14 exige la unanimidad de todos los miembros del Consejo de la Unión Europea, esto es, todos los Estados miembros, para adoptar cualquier decisión de aplicación de las disposiciones del título III bis del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea sobre visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con al libre circulación de personas a la actuación en las áreas mencionadas en el artículo K.1. Además, antes de entrar en vigor, cualquier decisión unánime del Consejo tendrá que ser aprobada por cada Estado miembro, con arreglo a sus requisitos constitucionales. En Dinamarca, en el caso de una transferencia de soberanía, tal como se define en la Constitución danesa, la aprobación precisa o bien de una mayoría de cinco sextos del Folketing (Parlamento) o bien de la mayoría de los miembros del Folketing y de la mayoría de votantes en un referéndum.
3. Declaración de Alemania, Austria y Bélgica sobre la subsidiariedad.
4. Declaración de Irlanda sobre el artículo 3 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda.
5. Declaración de Bélgica relativa al Protocolo sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea.
6. Declaración de Bélgica, Francia e Italia relativa al Protocolo sobre las instituciones en la perspectiva de la ampliación de la Unión Europea.
7. Declaración de Francia sobre la situación de los departamentos de ultramar a la vista del Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea: Francia considera que la aplicación del Protocolo por el cual se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea no afecta al ámbito de aplicación geográfica del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, tal como se define en el apartado 1 del artículo 138 de dicho Convenio.
8. Declaración de Grecia relativa a la Declaración sobre el estatuto de las iglesias y las organizaciones no confesionales.

Convención); en el caso al que nos referimos, mediante el depósito del instrumento de ratificación. Ello impide la entrada en vigor del Tratado, incluso para quienes lo ratifiquen si uno solo de los firmantes no lo hace.

De ahí que si se constitucionalizara el Tratado en el ordenamiento español como el Profesor Jiménez de Parga propuso ante esta Real Academia el pasado curso y yo mismo he argumentado, la constitucionalización debiera someterse a la condición de su entrada en vigor. Así lo ha hecho recientemente Francia con la reforma del 2005.

El artículo IV-443.4, relativo a la revisión del Tratado, contiene una cláusula que da que pensar: «Si transcurrido un plazo de dos años desde la firma del presente Tratado, las cuatro quintas partes de los Estados miembros lo hubieran ratificado y uno o varios Estados miembros hubieran experimentado dificultades para proceder a dicha ratificación, el asunto se remitirá al Consejo Europeo».

La versión aprobada por la Convención era ligeramente distinta y preveía que «el Consejo Europeo tomará conocimiento de la cuestión».

En todo caso, se remite a una instancia política para buscar una solución política. ¿Cuál? ¿Prescindir de las exigencias jurídicas como, tras el primer referéndum danés, hizo el Consejo Europeo de Edimburgo, sea para declarar su entrada en vigor sólo para los Estados que lo hayan ratificado, sea para prorrogar el período previsto en el artículo citado y proceder a una renegociación como se hizo con Dinamarca? ¿O más bien abrazarse a dichas exigencias y considerar frustrado el tratado?

Probablemente, la Europa, no ya de varias velocidades sino de varias direcciones, se apunte en el horizonte. Las cooperaciones reforzadas ya previstas en los tratados vigentes y de las que nos hablará nuestro compañero M. Oreja, pudieran ser la vía.